

**ILMO. SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE
PENTECOSTE-SECRETARIA DE SAÚDE-CE**

PREGÃO PRESENCIAL Nº 2017.11.27.72.PP.FMS

**WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE
LTDA**, com sede na Rod. BR 101 Sul, nº 3.333, Km 17, bloco 3, Prazeres,
Jaboatão dos Guararapes., inscrita no CNPJ MF sob o nº 24.380.578/0001-89 e
filial na Av. Francisco Sá, 2776, Jacarecanga, Fortaleza, CE, inscrita no CNPJ
MF sob 24.380.578/0032-85, vem, tempestivamente à presença de V.S^a, por
seu procurador abaixo (Doc. 01), com fundamento na Lei nº. 10.520/2002 e art.
41, § 2º da Lei 8.666/93,

IMPUGNAR O ATO CONVOCATÓRIO,

expondo e ao final requerendo o que segue:

A Impugnante ao analisar o edital, detectou vícios em sua composição,
razão pela qual, formaliza a presente Impugnação para que seja apurada a regra
e evitado o prosseguimento de procedimentos destinados à inevitável
invalidação.

DOS ITENS IMPUGNADOS

ITEM A ESCLARECER

A Minuta Contratual não é clara quanto ao prazo de vigência. Sendo
assim, a Impugnante indaga: qual o prazo de vigência do contrato?

**CAPACIDADE DO CILINDRO – LIMITAÇÃO AO CARÁTER
COMPETITIVO DA LICITAÇÃO**

PREFEITURA MUNICIPAL DE PENTECOSTE
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
PROTOCOLO

Licitação Nº 2017.11.27.72 PP. FMS

Recebi 11 / 12 / 17 Hora: 09:29h

Obs: Jaycep - Membro C.P.L.

Assinatura

O Termo de Referência, ao descrever os itens que serão objeto de registro exige dos licitantes para o acondicionamento do objeto licitado, entre outros, cilindros com capacidade de 4m³.

Ocorre que tal exigência limita o caráter competitivo da licitação, pois nem todos os fornecedores de gás trabalham com cilindros contendo tais especificações, muito embora possam atender em sua plenitude ao objeto licitado, com cilindros com capacidade diferenciada da exigida.

Ademais, cilindros com capacidade de 4m³ não são os usuais no mercado, ou seja, não é o comumente praticado no mercado, não podendo nem ser considerado um objeto comum, o que já impede que o mesmo fosse fornecido na modalidade Pregão.

A limitação é certa, pois, repita-se, o cilindro com capacidade 4m³ não é alcançada por todos os fornecedores do produto.

Por questões comerciais e relacionada a atividade de distribuição de gás e de segurança da operação de cada fornecedor, o produto é acondicionado em cilindros com capacidades diferenciadas (sugere a Impugnante cilindros de capacidade 3,5 a 4 m³) e da mesma forma atender às necessidades da administração.

A propósito, a utilização de cilindros com capacidade como aquela que possui a Impugnante, não prejudica o fornecimento nem onera a administração.

É inevitável, por sua propriedade e contundência, citar a seguinte passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(…) Quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, In Curso de Direito Administrativo, 18^a ed., Malheiros, São Paulo, 2004, p. 101).

Outrossim, haverá violação ao que preleciona o art. 3, §1º, I da Lei 8.666/93, vejamos:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são **correlatos**.”



§ 1º **É vedado** aos agentes públicos:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Portanto, em sendo mantida a especificação no dispositivo questionado, estará esta a administração, limitando o caráter competitivo da licitação, com o fato que impossibilitará contar com a participação de empresas que utilizem cilindros com a capacidade diferente da descrita na planilha.

Tal dispositivo fere princípios norteadores das licitações, dentre estes o Princípio da Igualdade e da Razoabilidade, o que leva a certeza de que a exigência é viciada, razão pela qual exige correção e aperfeiçoamento o que, para tal, a Impugnante que a capacidade dos cilindros de 4m³ **tenha uma variação situada de 3,5 a 4m³**.

PRAZO PARA PAGAMENTO

O Edital não prevê prazo para pagamento. Contudo, o art. 40, XIV, alínea “a” e art. 55, III da Lei 8.666/93 dispõem que deve constar obrigatoriamente em todo instrumento convocatório o prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela.

Desta feita, deve ser incluído de forma específica no Edital e na Minuta Contratual o prazo de pagamento.

DO ITEM OBRIGATÓRIO – ATUALIZAÇÃO POR EVENTUAIS ATRASOS NO PAGAMENTO

De mais a mais, o edital também foi omissivo quanto a ponto obrigatório, dentre os quais, o que se refere às compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamento, desmerecendo ao que determina a alínea “d” do inciso XIV e caput do art. 40 da Lei 8.666/93.

Portanto, o edital não indicou, o critério **obrigatório**. Se não vejamos:

Art. 40 – O edital conterà, no preâmbulo, o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e do seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como, para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente**, o seguinte:

XIV – condições de pagamento prevendo:

d) **compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamento (grifos e negrito nossos)**;

Portanto, a regra da forma que se apresenta se encontra viciada, pois não está clara de forma a permitir a correta elaboração das propostas.

Nesse sentido, o STJ já assentou, em diversos julgados, que “a correção monetária não constitui acréscimo do valor devido, mas mera atualização da moeda, impondo-se a sua inclusão **como imperativo para coibir o enriquecimento sem causa do município.**” (REsp 1164428/SP, julgado em 17/12/2009).

Novamente o posicionamento sedimentado do STJ:

ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO VERIFICADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MEDIANTE CRITÉRIO DE MEDIÇÃO. FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. **ATRASO NO PAGAMENTO. ILÍCITO CONTRATUAL. DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. INEXISTÊNCIA**

NO CONTRATO DE CLÁUSULA, PREVENDO DATA PARA O PAGAMENTO DO PREÇO AVENÇADO. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E O CONSEQÜENTE PREJUÍZO ECONÔMICO PELO ATRASO. OBSERVÂNCIA DO VALOR REAL DO CONTRATO.

1. **A mora no pagamento do preço avençado em contrato administrativo, constitui ilícito contratual. Inteligência da Súmula 43 do STJ.**

(...)

(REsp 679.525/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 12.5.2005, DJ 20.6.2005.) grifos nossos.

Este também é o posicionamento do TJDF, a saber:

Pagamento – atraso – juros e correção devidos

TJDF decidiu que: “I – Celebrado contrato administrativo, ocorrendo atraso no pagamento, acarretando prejuízos de ordem material, **independentemente de previsão contratual, a reparação impõe-se, mediante aplicação de juros e correção monetária**” (grifo nosso - TJDF. 5ª Turma Cível. AC e Remessa de Ofício nº 2002.01.1.064633-0. Acórdão 195033. DJ, 05 ago. 2004. Seção 3. p. 44 / J.U. Jacoby Fernandes, Vade-Mécum de Licitações e Contratos, 5ª ed., Fórum, 2011, p. 649)

Ora, a correção por eventuais atrasos no pagamento nada mais é do que uma previsão legal que visa evitar o enriquecimento ilícito da Contratante, ao tempo que compensará o ônus e prejuízo suportado indevidamente pela contratada.

Sendo assim, é obrigatório a inclusão da atualização em caso de eventual atraso no pagamento consoante dispõe a jurisprudência e o art. 40, XIV, alínea “a” da Lei 8.666/93.

CONCLUSÃO

Neste passo, consoante demonstrado e definidos os vícios, deve a impugnação ser acolhida e aplicado o efeito suspensivo ao procedimento licitatório para que se decida a respeito e se promovam as correções registradas, estas, objeto de discórdia da Impugnante.

O mesmo entendimento encontra força nos ensinamentos do Prof. Helly Lopes Meireles, citado por Jessé Torres que afirma:

“O edital deverá ser revisto e republicado, o que implicará no adiamento da sessão inaugural do certame. Com efeito, sendo o edital o documento base da licitação, repositório das regras e preceitos a que estarão submetidos todos os atos do procedimento, como conceber dar início à sua tramitação sob pauta de edital pendente de questionamento quanto a sua legalidade.

Então, é claro que, impugnado o edital pelo licitante, não poderá prosseguir o procedimento licitatório como se nada houvesse acontecido, sob pena de grave tumulto posterior dos trabalhos. Como não aceitamos que uma impugnação dessa ordem possa ser tida como uma mera “comunicação”, a título de colaboração, seguimos o pensamento de todos os autores que sustentam como fazia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que “enquanto não se decide aquela impugnação, o procedimento licitatório deve ter suspenso o seu curso, imediatamente, para que se decida a respeito (...)”.

Como adverte Lucia Valle Figueiredo em sua obra: Curso de Direito Administrativo:

“Impende a extinção do ato administrativo em virtude da existência de vício, quer por ausência de procedimento obrigatório (formalidade descumprida), ou por outro qualquer vício”.

“No exercício da função administrativa, a Administração Pública **tem o dever de invalidar seus atos desconformes**

do Direito” (Lucia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, 3ª ed, São Paulo, Malheiros, pp. 197/198)”.
do Direito”

Derradeiramente, convém registrar que pelo princípio da segurança jurídica, os vícios ou atos praticados em desobediência à legalidade, devem ser repelidos com intensidade.

Diante de todo o exposto, a Impugnante requer, tendo em vista os vícios constantes no edital, que seja concedido efeito suspensivo a peça após o seu

recebimento e que seja julgado **PROCEDENTE** a presente impugnação para que, na forma da lei, seja realizado corretamente o certame.



Fortaleza, 07 de dezembro de 2017.

N. Termos,

P. Deferimento.


WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.

MARTINS GASES INDUSTRIAIS
DO NORDESTE LTDA
Julian Soares
Gerente de Negócios Varejo Medicinal
CPF: 015.158.263-76